

【論 説】

# フランス法における設立中の会社

泉 田 栄 一

## 目 次

- 1 本稿の目的
- 2 フランス法における株式会社の設立手続
- 3 フランスにおける設立中の会社に関する議論
- 4 結 び

## 1 本稿の目的

1 株式会社の設定に関する条文を解説する機会<sup>(1)</sup>があり、その際に各国の設立中の会社の規制を調べた。その結果、同一性説は必ずしも世界において統一的に採用されているわけではないことおよび我が国では田中耕太郎博士がドイツの議論に基づいて同一性説を展開したことから、その後もドイツの議論を紹介する論文が圧倒的に多い<sup>(2)</sup>が、そのほか

の国の議論は殆ど紹介されていない状況にあることが判った。<sup>(3)</sup>この欠缺を埋めるべく、本稿では、フランスにおける設立中の会社に関する議論を紹介することとする。初めに、フランス法における株式会社の設立手続を概観し、次いで、設立中の会社に関する議論を紹介する。イタリア法の規制も紹介する予定であったが、枚数制限のため、イタリア法の紹介は明治大学法科大学院論集七号に掲載することとした。

## 2 フランス法における株式会社の設立手続

### (1) 条文

一九六六年会社法は、二〇〇〇年七月一八日オールドナンスにより廃止され、商法に統合されている。現在では、商法第Ⅱ編「商社会社および経済利益団体」、第二部「各種商社会社の特別規定」、第五章「株式会社」の中の第一節「株式会社の設立 (la constitution)」が、株式会社の設立手続を規定している。第一節は、第一款「公募による設立」<sup>(4)</sup>および第二款「公募によらない設立」から構成されている。なお株式会社も *société* であるので、*société* に関する規定の補充適用がある（民法一八三四条「本章の規定は、法律がその形式又は目的により別段の定めをしていないときには、あらゆる *société* に適用される。」）。

## (2) 内容

株式会社の設立手続は、まず、定款 (statuts) の署名前の段階と署名後の段階に分けられる。

定款署名前の段階では、契約締結前の一般法により規制される。初めに会社の単純な計画 (projet) が存在する。計画は当事者に義務を引き起こさず、実行するもの、止めるものも自由である。<sup>(5)</sup> 交渉が進展すると、会社約束 (promesse de société) に変わる。当事者はその意思を文書化 (文書は *protocolo* と呼ばれる) するのが普通である。会社約束は当事者を義務付ける事前契約 (*un avant-contrat*) である。この段階で契約が解消されたときには、強制執行をすることはできないが、受けた損害は民法一一四二条に基づいて損害賠償の対象となる。<sup>(6)</sup>

当該契約の履行として、定款の署名 (書面によることを要する。民法一八三五条) がなされると、*société* が設立する。<sup>(7)</sup> 設立後「登記まで、社員の間関係は、組合契約 (*le contrat de société*) 及び契約と債務に適用される法の一般原則によって規律される」(民法一八四二条二項)。

(a) 公募による設立の場合

公募による設立は稀にのみ利用される。<sup>(8)</sup>

① 一人または複数の発起人 (*fondateurs*) が定款案 (*le projet de statuts*) を作成し、その一通の正本を本店所在地の商事裁判所書記局 (*greffe du tribunal de commerce*) に提出する (商法一二二五—二条一項、一九六七年デクレ五八条)。

② 発起人は、引受行為を行う前に、設立趣意書 (*notice*) を法定公報 (*Bulletin des annonces légales obligatoires*、

BALO) におつて公告する(商法1225—2条2項、六七年デクレ五九条)。公募行為を行う会社は、事前に、金融市場当局 (l'Autorité des marchés financiers. AMF) の一般規則が定める条件で、目論見書 (prospectus) と呼ばれる文書を公表し、かつすべての利害関係人に閲覧させなければならない(通貨金融法142—1条)。当該文書は、AMFの査証 (visa) の対象となる。査証を受けると、欧州パスポート (passeport européen) の恩恵を受ける。

③ ①②が行われた後、株式の引受けが行われる(商法1225—2条第3項)。「株式の引受けは、株券の券面額に等しい額の金額または現物財産を出資して、株式制会社に参加することを約束する法律行為である」<sup>(10)</sup>。金銭出資株式 (actions de numéraire) の場合には券面額の半分以上が払込まなければならない<sup>(11)</sup>(商法1225—3条2項。分割払込主義。一九六六年会社法七五条2項では券面額の四分の一以上であつた)、現物出資株式 (actions d'apport) の場合には、その目的物の全部が給付されなければならない(商法1225—3条3項)。金銭出資株式の引受けは、株式申込書 (bulletin) によつて確認される(商法1225—4条。六七年デクレ六一一条参照)。株式払込金および引受人名簿 (la liste des souscriptions) は、設立中の会社の計算で (pour le compte de la société en formation)、かつ払込金を受領した者により、信用機関等に寄託される(商法1225—5条1項、六七年デクレ六二条)。引受けおよび払込みは、寄託を受けた信用機関等が作成する保管者証明書 (un certificat du dépositaire) により確認される(商法1225—6条)。上記保管者を除き、何人も設立中の会社の計算において集められた金銭を八日を超えて保持することができない(商法1225—5条2項)。会社の受任者は、株式払込金の引出しを、会社が商業・会社登記簿 (registre du commerce et des sociétés) に登記されるまでは行うことができない(商法1225—11条、六七年デクレ七〇条。なお有限会社につき会社法1223—18条1項参照)。払込金の寄託後六ヶ月以内に会社が設立されなるときは、すべての引受人はその払込金の返還を求めることができる(六七年デクレ七六条)。現物出資がなされる場合および社員ま

たは社員でない者のために特別利益が定款で定められている場合には、発起人の請求に基づいて出資検査役が裁判所によって選任される（商法L二二五—八条一項）。出資検査役は鑑定をし、その報告書を創立総会（assemblée générale constitutive）の会日の少なくとも八日前に、株式申込書に記載された本店および書記局に提出する（六七年デクレ六五条）。創立総会において、現物出資の評価および特別利益の付与に関する決議が行われる。創立総会は、株式引受人の全員一致によってのみ、これらを減額することができる。現物出資者および特別利益の受益者の議事録に記載された明示の承諾がない限り、会社は設立されない（商法L二二五—八条三項）。

④ 保管者証明書の申告後、発起人は創立総会を招集する（商法L二二五—七条一項）。創立総会は、特別株主総会につき定められた定足数および多数決の条件をもって決議を行うが（同L二二五—九条二項）、定款変更には全引受人の一致が必要である（同L二二五—八条二項二文）。決議によりその時に定款案は定款に変わる。<sup>(13)</sup>

⑤ 遅くとも登記申請と同時に、定款、取締役会・監査役会構成員・会計監査役の任命書、引受人が支払った基金の保管者証明書、引受人一覧表、創立総会議事録、出資検査役の報告書が、二通、裁判所書記局に寄託される。「商業・会社登記簿に関する立法規定及び行政規定が定める条件における設立の適法性の権限ある裁判所書記官による確認の後に、会社の登記が行われる」（商法L二二〇—七条一項）。「商事会社は商業・会社登記簿に登録した日から法人格を取得する」（商法L二二〇—八条一項。民法一八四—二条一項）。登記後、書記官は、普通商事部に設置されている企業手続センター（Centre de formalités des entreprises. CFE）に会社の登録を通知し、登記から八日以内に民商事公報（Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales. BODACC）に告示を出させる。

(b) 公募によらない設立の場合

公募による設立に関する規定のうちL二二五—二条、L二二五—四条、L二二五—七条、L二二五—八条二項・三

項および四項、L二二五—九条、L二二五—一〇条は適用されない（商法L二二五—一二条。なお六七年デクレ七二条参照）。払込は保管者証明書により確認される（商法L二二五—一三条）。保管者証明書の作成後、定款署名日の少なくとも三日前に出資監査役の報告書は閲覧に供され（六七年デクレ七三条）、全株主（最少七名。商法L二二五—一条）は定款に署名する（商法L二二五—一五条）。最初の取締役または監査役会の最初の構成員及び最初の会計監査役は定款で任命される（商法L二二五—一六条）。

会社の設立手続が履行されると、設立通知が法定通知刊行物（*Journal d'annonces legales*）に掲載される（六七年デクレ二八五条）。公証人が会社の証書を受け取ったときには、当該手続を履行するのは、公証人である。商業・会社登記簿への登記申請および書類は、企業手続センターに提出され、同センターはそれを商事裁判所書記局に送付する。書記局の配慮で、民商事公報に告示される（六七年二八六条）。

### 3 フランスにおける設立中の会社に関する議論

#### (1) 規定

一九六六年以前の民法一八四三条は、「*société*は、別の時期を指定しなければ、契約の時に始まる」と規定していたが、商事会社の発生時期は不明瞭であった。人的会社は、商法の規定（二〇条、二三条、三九条）に基づいて、契約と同時に発生すると考えられ、有限会社は、一九二五年三月七日の有限会社法七条に基づき、会社証書の作成から法人格を享受すると考えられたが、株式制会社については、特に不明瞭であった。一八六七年七月二四日法律四条は、株

式会社は、現物出資または特別利益を承認した後に設立され、また、二五条は、最初の取締役および最初の会計監査役による職務の承諾の後に設立されると規定していたので、これらの形式のうち最後のものが行われた後に株式会社は設立すると考えられていた。<sup>(14)</sup>

しかし、ドイツ法およびイタリア法が、株式会社・有限会社は商業登記簿または企業登記簿への登記により発生すると規定していたこと（ドイツ株式法四一条一項、有限会社法一一条一項、イタリア民法二三三一条、二四七五条）、一九六八年の第一指令七条になった一九六四年二月二日のEEC指令案八条の規定および欧州株式法案一九条一項（「欧州会社は、欧州共同体官報に登記を公告した日から法人格を享受する」と規定していた）等から示唆を受けて、一九六六年会社法は、「商事会社は、商業登記簿に登記した日から法人格を取得する」（五一条一項一文）とした。<sup>(15)</sup> また、民法一八四三一条は、「第三者に対抗するために公示を要する財産または権利の出資は、登記前にかつ登記が行われるという条件で公示することができる。登記から、手続の効果は、その実行日に遡及する。」と定めた。その結果、会社の設立と法人格の発生とが分離したことから、設立中の会社（une société en formation）の用語が法文でも使用されるようになった。

民法一八四三条は「登記前に設立中の会社の名前で行為した者は、会社が商事である場合には連帯して、他の場合には連帯することなく、このように実行された行為から生じた債務の責任を負う。適法に登記された会社は、この債務を承継することができる。この場合、この債務は会社が当初から負担したものとみなされる」と定め、商法二一〇一六条二項は、「会社が法人格を取得するに先立ち、設立中の会社の名において行動した者は、その行為について連帯かつ無限の責任を負う。ただし、会社が適法に設立され登記された後、この債務を承継したときは、この限りではない。この場合、この債務は会社が当初から負担したものとみなされる」と規定している。後者の規定は、一九六八年

三月九日のEC会社法第一指令七条を国内法化したものである（廃止前一九六六年会社法五条二項）。行為者は発起人であると否とを問わないが、発起人は、行為を行うため株式払込金を使用できないので、費用は全部行為者の立替払いである。Vuilleumetは、発起人の地位については学説が非常に混乱していたから、「新法が学説の議論外で実現された解決を最終的に認めたことは、非常に適切である」<sup>(16)</sup>と述べている。

現行法上、会社が、行為者の負担した債務を承継したとみなされる場合として、次の三つが規定されている。

第一に、「会社の負担に帰せられる債務を各行為につき示した、設立中の会社の計算で行われた行為の報告書は、定款の署名前に社員に提示される」（一九七八年七月三日デクレ六条一項）。「当該報告書は定款に添付される。定款の署名は、会社が登記されたときは、会社による債務の承継を生じるものとする」<sup>(17)</sup>（同二項）とされている。

「公募による設立」の場合には、「商法L二〇—六条二項に従い、設立中の会社の計算において行われた行為は、取締役会及び監査役会の最初の構成員及び最初の会計監査役が選任された後、創立総会の審議に付される」（一九六七年デクレ六七条一項）。「発起人報告書は当該行為を列挙し、会社に生ずる負担を示す」（同二項）。「創立総会は、前項の行為を会社の計算で承継することを会社に許可する場合には、当該決定は、L二二〇—六条二項に規定する条件で、会社が商業・会社登記簿に登録された後に限り、効力を有する」（同三項）とされ、そこで、「設立中の会社の計算で行われた行為の報告書は、各行為ごとに会社の負担に帰せられる債務を摘示し、前条で定める条件に従い」<sup>(18)</sup>「即ち、定款署名日の少なくとも三日前に」株主の閲覧に供される」（同七四条二項）。「当該報告書は、定款に添付される。定款の署名は、会社が商業・会社登記簿に登録されたときは、会社による債務の承継を生じさせるものとする」（同二項）と規定されている。従って、公募による設立の場合には、定款の署名は、創立総会の決議に代えられている。

第二に、「また、社員は、定款又は別個の証書により、一人もしくは複数の社員に又は選任された社員でない業務執



行者に、会社の計算で債務を承継する委任をすることができる。債務が確定し、かつその態様が委任により明確にされることを条件として、会社の登記が行われたときは、会社がその債務を承継するものとする」(七八年デクレ六条三項。有限会社に関する類似の規定として六七年デクレ二六条三項参照)とされている。

「公募による設立」の場合には、「創立総会はまた、取締役会又は監査役会の最初の構成員として選任された一人または数人に委任して、会社の計算において債務を負担させることができる。債務が確定し、かつその態様が委任により明確にされることを条件として、商業・会社登記簿に会社の登記が行われたときは、会社がその債務を承継するものとする」(六七年デクレ六七条四項)、「株主は、定款又は別個の証書により、一人もしくは複数の株主に、会社の計算で債務を承継する委任をすることができ。債務が確定し、かつその態様が委任により明確にされることを条件として、商業・会社登記簿に会社の登記が行われたときは、会社がその債務を承継するものとする」(同七四条三項)とされている。

破棄院は、許可される債務を詳細に述べない一般的用語で定款において与えられた委任によつては会社は拘束されないと考えて、これらの規定を嚴格に解釈している。<sup>(19)</sup>委任が定款で定められていない場合であっても、債務の承継を認める必要があることが認識されて、一九七八年デクレで次の承継規定が追加されている。

第三に、「設立中の会社の計算で引き受けられた債務の承継は、会社の登記後、定款に反対の条項がある場合を除き、社員<sup>(20)</sup>の過半数で行われた決議によつてのみ生ずることができる」(一九七八年デクレ六条四項)とされている。

第一ないし第三に挙げられた債務は法律行為によるもののみを対象としており、不法行為または不法行為に準ずる行為に基づくものを対象としていない。<sup>(21)</sup>債務の承継は、共同契約者の同意がなくても当事者の遡及的置き換えを引き起こす一方、契約を締結した社員は遡及的にその個人的債務を免除される。<sup>(22)</sup>

## (2) 学説

(a) フランスの規制は上述の通りであることから、Pailletは「設立中の会社の活動」というタイトルの論文で、会社は登記前であっても会社の活動を行うことができるか検討し、これを、「会社の利益」と「第三者の利益」の二つの観点から肯定している。<sup>(23)</sup>

「会社の利益」については、次のように説いている。定款の署名によって会社は決定的に設立されたと考えるか、登記まではまだ完全には設立されていないと考えるかはともかくとして、会社は登記前には会社活動を行うことができるかという厳格な原則がある。しかし、この原則は、漸進的にぐらついて来ており、G. Daubonは、設立中の会社が法人格に結びつくいかなる特権も行使できないというのでは、経済生活の必要と両立しないので、「会社活動の行使に必要な要素」、換言すれば準備行為はできると主張している。<sup>(24)</sup>しかし、「事業では、経済活動はしばしば法形式に行する」。B. Thallerは、一九一六年に、法人格を内部と外部とで区別し、決定的な設立前には、内部的な生活があるだけであるとしたのは、現実からの後退であり、「今日では会社は定款の署名の日から一般的に機能している」。また、MerxatadおよびJaninは、会社契約(*le pacte social*)と定款を区別し、会社の登記前には会社契約のみが適用されると主張しているが、学説はこの区別に反対しており、事実、この説は多くの点で困難を引き起こす。「会社は、定款の署名の日にまさに活動に参加することを始める」。「しかし新法は、旧法と同じく、実務が全く尊重しない制限を定めている。すなわち、定款または別の証書で定められた委任は、『債務が確定し、かつその態様が明確にされることを条件』として有効である」。しかしこのことは、「登記前に会社の活動がいずれにしても存在しているという証明である」。

他方、「第三者の利益」は、会社が後から登記された場合と登記されなかった場合とに分けて考えることができる。会社が後から登記された場合は、社員の過半数の決議によつて債務が承継されたとみなされる場合と債務が登記の日自動的に承継されたとみなされる場合とに区別することができる。前者の規制は、「立法者が以前に考えられた解決を正式なものとしているように見える」。

会社が登記されなかった場合の契約者の保護としては、判例起源の解決方法と民法一八四三条を適用する方法とがある。一九七八年以前の判例は事実上の会社 (*société de fait*) の制度を適用することを試みたが、登記の欠如は無効原因ではないので、この方法によることは出来ない。そこで、設立中の会社の「事実上設立された会社」 (*société créée de fait*) または「非登記組合」 (*société en participation*) への移行が問題となるが、これには、困難な証明問題がある。普通の学説は、設立中の会社が「会社活動」を行うと、事実上設立された会社または非登記組合となると考えているが、<sup>(25)</sup> Paillet は、会社は登記前であっても会社の活動をすることができると考えるために、これに反対し、登記を得るために必要な合理的期間が経過したなら、おそらく「非登記組合」が存在すると考えるべきであるとする。非登記組合の場合には民法一八七一条（異なる組織が証明されない限り、組合員間の関係は、組合が民事的性質を有している場合には、組合に適用される規定により規制される）が適用される。民法一八四三条を適用する場合には、行為者の連帯責任が発生するが、これは、「非登記組合」の場合も同じである（民法一八七二一条二項「しかし、参加者が第三者の目で組合員の資格で行為するときには、組合が商事的存在の場合には、各参加者は、一人によつてその資格で行われた行為から生じる債務につき第三者に対して連帯して責任を負い、その他の場合には、連帯責任を負わない」）。設立中の会社が登記されず、かつ債務が承継されないと、民法一八四三条が適用されるが、判例は、二つの場合に連帯責任の発生を認めて

いる（委託者と受託者の連帯責任の場合と行為者と会社の連帯責任の場合）。

結局のところ、「会社契約によって明白に具体化された保護に値する共通利益の存在をもっと長く否定することは非現実的であるだけでなく、実定法全体の見地からも正しくない。どんな代価を払っても法人格を解体しないなら、少なくとも、設立中の会社は、一九七八年改正以後、その本質的適格性を有していることを認めなければならない」と主張している。<sup>(26)</sup>

(b) Plantamp は、「会社の設立期間の開始点」というタイトルの論文で、<sup>(27)</sup> 設立中の会社の始期の問題は、当初事実問題と考えられたが、今日では法律問題となつているとする。法律の条文を一見すると、登記前には、設立中の会社は活動を行うことができず、「死の時間 (temps mort)」があるようにも見えるが、七八年デクレ六条一項で確認できるように、実定法は署名前の設立期間の存在を認めている。学説の多くも、登記前の会社の活動の存在を認めるが、見解が分かれている。ある説は、設立前に行いうる行為は、もっぱら会社の活動を準備するものに限られるとし、他の説は、大多数の場合、企業は少なくとも胎児のように会社が存在する前に存在しているとする。判例を見てみると、「会社の設立に必要な行為」と営業行為とを区別し、発起人はただ前者、すなわち、「設立中の会社を市場に置くのに必要な行為」に制限されるとするものや、「設立に必要な単純な行為の実行」を超えない活動としたものがある一方、「会社は商業登記簿の登記から法人格を享有する時には、その活動は当該手続の実行を待つことなく行使を始めることができる」としたものや、「設立中の会社が存在するには、会社契約が署名されたことは、不可欠ではない。会社の活動が始まったことが十分である」としたものや、単純な準備行為を超える活動の存在を認めたり、一九六六年法五条は、「当該会社が活動を始めることを少しも要求していない」としたものがあり、「活動」の用語は非常に多義的であり、準備行為と営業行為の幅は広大である。<sup>(28)</sup>

Plantamp は、そこで、設立中の会社の始期が、会社、発起人および第三者（債権者・債務者）に及ぼす影響を検討し、実務における始期の決定の非常に大きな不安定性は、論争を増大させるとし、始期の決定作業を始める。Plantamp によれば、設立中の会社の始期を決定するには、発起人の共同企業に参加するという明示的意思によつて構成される主観的基準と会社の設立のために締結される、必要な、一義的な、および例外的な証書により具体化される客観的基準に準拠することが必要である。<sup>(29)</sup>

(c) Germain<sup>(30)</sup>によると、フランスでも設立中の会社を胎児と考えて、一定の人格を認める見解（Comp. Cass. com., 13 février 1957, Bull. cass. 1957. 3. 47）も唱えられているが、「商業登記簿の登記からのみ会社に法人格を与え、この日にのみ引受人が支払った資金の解除を許す新しい原則は、前の解決と矛盾するし、現代的学説の説明の企てを断定的に禁止している。THALLER が提案するような、設立中の会社は、外部的人格を欠くが内部的人格を有すると主張することも同様に可能でない。……最近の条文が確立した独自の仕組みは、設立中の会社の計算で行為する者の意思は、すべての法的手続が履行されるという条件で、権利または義務を会社のためにまたは会社の負担で発生させるために十分であるということを意味している。法的構成は困難であるが、実際の結果は有用である」と説いている。

### (3) 設立中の会社と非登記組合または事実上設立された会社との関係

(a) フランスに特有な議論として、設立中の会社と非登記組合または事実上設立された会社との関係がある。

社員が最初から登記しないことを同意している組合が「非登記組合」である。非登記組合は法人でなく、公示に服さない（民法一八四二条一項<sup>(31)</sup>）。非登記組合は、民法第五部第三章、一八七一条乃至一八七二条で規制されている。

社員間の関係は、非登記組合が民事的性質を有するときには、組合に関する規定が適用され、商事であれば、合名会社に関する規定が適用される（民法一八七—一条）。

登記を行うことなく、事実上会社として社員が行動する会社が「事実上設立された会社」<sup>(32)</sup>である。民法一八七三条は、非登記組合の規定が事実上設立される会社に適用されると規定している。設立中の会社から事実上設立された会社に移ったことを示すものは、活動の開始であることではほぼ一致しているが、会社の活動が始まったか否かを決定することは、常に容易であるとは限らない。<sup>(33)</sup>判例は、社員の各々によって行われた行為を考慮して、ある社員の関係では事実上設立された会社を認め、他の社員の関係では設立中の会社を認めることに躊躇しない。<sup>(34)</sup>

(b) 事実上設立された会社に関する若干の判例を紹介することとする。

① 一九八三年二月二日パリ控訴院判決の事案は、<sup>(35)</sup>有限会社に関するが以下の通りである。

一九八二年五月一日に有限会社の定款が署名されたが、Aは、それよりも前の同年二月四日に、同社の名で、営業権の賃貸借管理を締結し、三月五日には独占的製品配給契約を締結する等の重要な商事活動を行っていた。金銭出資がA、B、C、Dの四人の社員によって行われた。七月には定款が公示され、書記局に寄託されたが、登記がなされなかった。Cは定款により業務執行者に選任されている。一〇月になって、Cは書記局に設立中の会社の支出停止の申立をした。商事裁判所は、Cの財産清算（liquidation des biens）を宣告した。その後他の三人の社員を評議部に召還し、これらに対する集団手続（procédure collective）を開始するために、Fを調査員に任命し、その報告書に基づき、会社法五条二項が定める設立中の会社の社員の連帯責任を根拠に、十二月一六日に、A、BおよびDの財産清算を宣告した。これに対しDおよびBがパリ控訴院に控訴した。裁判所は、

「Dは、設立中の有限会社の創立日である一九八二年五月一三日から、その持分をAに譲渡した日である一九八二

年九月一日まで、二〇〇口中一〇口の所有者であつた。この期間の間、Dは設立中の有限会社の名で行われた売買取引には関係しなかつた。Dが同意した唯一の行為は、会社が設立費用および最初の諸契約を履行できるよう、四人の社員によつて銀行に対し一九八二年五月一三日に作成した、全社員が同意した返済の連帯債務のある、一八〇〇〇フランの貸付の申込である。当該唯一の行為は、Dを拘束するとしても、それだけでは署名者に、いつも職業的に商行為を営む者にのみ商法一条に従つて与えられる商人資格を与えることができない。従つて、Dの財産清算を言い渡した点で裁判所の決定を破棄する理由がある。「B自身が認めるように、有限会社は本當の事実上設立された会社の特徴を帯びている。Bは会社の経営に携つていなかったが……上述した全要素は、Bが個人的にいつも商行為を行ったことを証明している。従つてBは商人資格を取得した。それ故民法一八七三条により事実上設立された会社に適用できる一八七二—一条二項により、Bは、第三者に対して、Bが契約した債務だけでなく、商事の特徴を有する事実上設立された会社の名で他の社員によつて実行された行為から生ずる債務についても責任を負う。理由は、第一審裁判官がBに下した財産清算の措置を是認することに至る」と判示している。

② 一九八九年五月一七日破棄院判決は、<sup>(36)</sup>控訴院が、二人の間に事実上設立された会社があると同時に、それらの者は、設立中の会社（有限会社）の名で行爲したとして、二人の連帯責任を肯定したことが問題とされ、一方の社員が上告した事件である。破棄院は、「会社の設立のために必要な普通の行為の履行を超える活動を長らく且つ大量に展開した」事実はないので、もっぱら設立中の会社の名で行つた者のみが責任を負うと判示している。換言すると、上記事実があると事実上設立された会社が存在することになる。<sup>(37)</sup>しかしGernainによると、<sup>(38)</sup>孤立した判決で、破棄院は、事実上設立された会社の存在を証明する特別の要素が存在しない場合には、設立中の会社は数年間続くことを認めるため上記基準を放棄したように見えるとされている。

## (4) 設立中の会社の計算で行われた債務の保証

上述したように、会社が登記され、設立中の期間に負った債務の承継を決定すると、商事会社の場合、連帯債務を負担した設立中の会社の名で行った者の責任は消滅し、代わって会社が債務者となる。債権者は、債務者変更のリスクを負うから、行為者に保証等を要求することになる。その結果、フランスに特有な議論として、このような保証の許容性の問題が生ずる。Bonard が、「設立中の会社の計算で引き受けられた債務の保証」という論文で、この問題を検討している。論文の要旨は、まだ存在していない主たる債務者およびまだ発生していない債務のこのような保証の有効性は、保証された債務者の決定可能性と民法一八四三条および会社法五条二項が定める債務者の適及的入れ替えに基づいていること、および、保証と承継の技術的組み合わせは、保証された債務が会社により承継される場合には引受人は保証人として責任を負い、会社により承継されない場合には、引受人は個人的に責任を負うので、引受人の責任からの解放を妨げることである。次のように説いている。

設立中の会社の計算で引き受けられた債務の保証は、①主たる債務者がまだ存在していない点と②債務がまた発生していない点に特殊性がある。①については、一九八〇年一月三日破棄院判決および学説も、主たる債務者がいなくても有効としている。その論拠は、設立中の会社を指定すれば、債務の目的が決定可能であるという債務法の解釈と、登記により会社は適及的に債務者になると定める法律の規定である。②については、登記前の将来の債務と登記後の将来の債務とで区別する必要がある。会社の登記前の将来の債務に対する保証は、将来の債務の保証は有効であることを指摘することです。一九八〇年一月三日破棄院判決も、この原則に基づいて、発起人により銀行に対



して設立中の会社の計算で行われた貸付に対する保証を適法としている。これに対して、当該保証が、設立中の会社の債務のみをカバーするものなのか当事者の意思が不明な場合、困難を引き起こす。一九七七年二月八日パリ控訴院判決は、設立中の会社のために行われた保証は、成立後の会社には及ばないとの発起人の主張を退けている。しかし、このような解決は、設立と登記の間に法人格なき会社の存在等を認める主張を補強するには魅力的であるが、この判例は、登記の日から会社は法人となるという新しい原則と矛盾するし、保証契約の厳格な解釈を命じる保証の保護の指令に順応することも困難である。<sup>(40)</sup>主観的理由の観点から同判例を批判する方法もあるが、保証契約の表現の観点から批判する方法もある。後者の場合には、会社の登記は、限度を超えて保証を広げることを禁止している民法二〇一五条および疑わしき場合には当事者の同意を債務者に有利に解釈することを勧める民法一一六二条を適用して、保証の範囲を終わらせると解するのが論理的である。しかし破棄院は、学説の反対にもかかわらず、暗黙的表現の考えに立脚するあらゆる論理を退けている。破棄院は、しかるに、合併の場合においては、新会社による消滅会社の債務の保証を認める一方、新会社の行為により合併後に生じた債務に対する保証を否定しているので、この解決方法を、登記によって新しい法人が生ずる点で同様である、設立中の会社の不確定な将来債務の保証に転用すべきである。設立中の会社の名で行為する者が自ら限定的金額のために保証をした場合には別である。<sup>(41)</sup>

会社による債務承継の主たる効果は、債務が最初から会社により負担されていたとみなされることであるから、会社の債務承継により、行為者は個人的に負った債務を免除されるが、保証人として負った債務は免除されない。判例（一九八七年二月二四日破棄院判例）はこの解決を厳格に適用している。<sup>(42)</sup>

一九九一年六月一日破棄院判決では、設立中の会社の一人の社員が、発起人社員全員から会社の計算で銀行と借入契約をするよう委託された。第三者が銀行に対し保証をした。会社は登記後、支払をせずに、清算に入ったので、銀

行が第三者に保証の履行を求めた。控訴院は、第三者が支払った金額を社員に保証させて、当該請求を認めた。これに対し社員が上告した。破棄院は、申立に対する応答を欠くという形式を理由に、控訴判決を破棄・差戻した。委託は完全に有効で、会社による債務承継がなされているから、債務者の遡及的入れ替えがあるはずであるが、委託の私署証書に特定日の記載がなかったため、民法一三二八条により、第三者に対抗できないため、第三者に責任があるとされている。しかし、特定日に関するこのルールは商事には適用がないから、設立中の会社の名で行う社員に権限を与える委託の商事性を認めることが十分である。<sup>(43)</sup>

設立中の会社の名で負った債務の保証において、会社が債務を承継しない場合の法律効果は、当該保証が引受人の債務を保証するものであるか、会社自体の債務を保証するものであるかによって異なる。引受人の債務保証の場合には、会社の登記が解除条件となるのに対し、会社の債務保証の場合には、会社による債務承継が停止条件となる。一九八二年二月二日パリ控訴院判決は、この解決方法の適用例である。<sup>(44)</sup> 会社による債務承継が行われなかった場合において、当事者の共通の意思の解釈により、設立中の会社の債務の保証を、引受人の個人的債務に対する保証と捉え直した一九八五年三月五日の破棄院判決は、妥当なものではないので、これを一般的な解決方法と考えるべきではない。<sup>(45)</sup>

## 4 結び

不完全ではあるが、以上が私が調べた内容である。会社の登記前に会社の活動を肯定する説 (Paller) から、これを否定する者 (Geman) まで多様な見解が唱えられていることが明らかになった。フランス流の考えを押し進めると、公募によらない設立の場合には定款の署名により、公募による設立の場合には創立総会の決議により、société は創立

されるので、登記により成立する会社と登記前の *société* は同一であるという結論になりそうである。このような観点に立つと、設立中の会社のために行われた保証は成立後の会社にも及ぶという結論（一九七七年二月八日パリ控訴院判決）になる。このような結論は、設立中の会社の計算で行われた行為が定款の署名前に社員に提示されるか、委任が明確になされていると、会社の登記により、会社による債務の承継が生ずるという規則と整合的である。しかし、他方では、登記前は行為者が全責任を追い、登記前は出資金の引き出しもできず、設立費用も行為者の立替払いであるとし、登記されることにより行為者の責任は消滅し、会社がその責任を代替するが、そのための前提は、会社により「債務の承継」が許容されることとされている。

いずれも会社の登記を前提とするが、債務が当然承継する場合もあるが、そうでない場合もある。特に、登記後の定款に反対条項がない場合の社員の過半数で行われる決議による債務の承継は、登記後の会社の選択で債務の承継の有無を決める訳であるから、同一性説によって説明することは困難である。登記後の会社の保護という「政策的判断」によってこそ、フランス法の規制を理解することができるのではなからうか。

# 注

(1) 酒巻俊雄・龍田節編『逐条解説会社法』〔中央経済社二〇〇八年〕第一卷二六七頁以下参照。

(2) 丸山秀平「いわゆる「会社の前身」(Vorgeschichte) について」『現代商事法の重要問題(田中誠二先生米寿記念)』一八頁(一九八四年)、大山俊彦「一人設立における発起人の責任」とくに西ドイツ有限会社法を中心として」明治学院大学法学部二十周年論文集『法と政治の現代的課題』二二五頁(一九八七年)、服部育生「ドイツ会社法における設立中の会社」『比較会社法研究(奥島孝康教授還暦記念第一巻)』三六二頁(一九九九年)、小林量「ドイツにおける設立中の会社をめぐる法律関係についての議論の展開」『商法・経済法の諸問題(川又良也先生還暦記念)』八九頁(一九九四年)、松山三和子「設立中の会社の構成員としての発起人の責任」愛知大学法学部法経論集一四二頁(一九九六年)、鷹巢信孝「設立中の会社」という概念は必要かつ有益か(上)(中)(下)」佐賀大学経済論集三三三卷六号二七頁、三三三卷二号八七頁、三三三卷二号二九頁(二〇〇〇年)。

(3) 僅かであるがフランス法の規制を紹介する文献として横尾 亘「設立登記前の株式会社と「最初の取締役」」【商法の歴史と論理（倉澤康二郎先生古稀記念）】「新青出版二〇〇五年」九七二頁以下がある。

(4) 資金の公募（appel public à l'épargne）とみなされる基準を定めていた一九六六年会社法七二条は、一九九八年七月二日法律で廃止された。証券取引委員会（COB）を設立する一九六七年九月二八日オルドナンスは、投資家を保護するため、資金の公募を行う法人等が事前に文書を公告すべき旨を定めたが、これは、その後、通貨金融法一四一一一条以下になった。同条によると、資金の公募は、「規制された市場での金融商品の取引の許容」または「広告、訪問販売、信用機関または投資サービス業者を用いての公募に対する金融商品の発行または譲渡」により構成された。しかし、フランスは、欧州共同体法に合わせ、二〇〇九年一月二二日のオルドナンスにより、「資金の公募」概念に代えて「公募（offre au public）」概念を使用するようになった。それによると、公募は、第一に、どのような様式であれ、かつどのような手段によってあれ人に向けられ、かつ投資家に金融証券を購入するか、引き受けることを決定させるように、申込条件および申出証券に関する十分な情報を提示する通知によって構成され、第二に、金融仲介者による金融証券の売出によって構成される。Germain, *Traité de droit commercial, Les sociétés commerciales*, tome 1, vol. 2 19<sup>e</sup> éd., 2009, n<sup>os</sup> 1398, 2198, 2199 参照。それに伴ない商法の表現も「資金の公募による設立」から「公募による設立」に改正されている。

(5) P. Le Cannu, *Droit des sociétés*, 2002, n<sup>o</sup> 342; Magnier, *Droit des sociétés*, 3<sup>e</sup> éd., 2007, n<sup>o</sup> 107. Civ. 1er, 16 févr. 1977, *Rev. soc.* 1977, 681, note Y. Guyon. 破業院一九七七年二月一六日判決によると、「当事者が「引越事業に等分に参加することを合意した」。参加者の措置（dispositions）は契約で規定する」という文言は、単なる計画である。

(6) P. Le Cannu, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 343; Germain, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 1053-33; Cozian-Viandier-Deboissy, *Droit des sociétés*, 19<sup>e</sup> éd., 2006, n<sup>o</sup> 173. Cass. com., 28 avr. 1987, *Rev. soc.* 1988, 59, obs. Fr. Bénac-Schmidt. 破業院一九八七年四月二八日判決では、製品配給の合併会社を設立する会社約束を解消したことが濫用的であるかが問題となった。裁判所は、当事者が将来の会社の目的、各社員の各々の出資の重要性と性質、新会社の形態、営業部長の報酬につき同意が成立した段階では、単純な折衝の段階を超えているとして、損害賠償を肯定している。

(7) Cozian-Viandier-Deboissy, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 172; Magnier, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 108. 参照。定款の作成または創立総会までの手続を「設立」(fondation) と呼ぶ場合がある。Plantamp, *Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales*, *RTD com.* 1994, p. 2.

- (8) Cozian-Viardier-Deboissy, op. cit., n° 461 等。
- (9) 総額引受主義が採用されている (商法 L 二三五—三条一項)。最少引受人数は七名である (同 L 二三五—一条)。
- (10) Germain, op. cit., n°s 1413-1415. 現行法は引受契約の表現を使用していないが、一九三七年八月二日デクレ・ロワにより改正された一八六七年法は、引受契約という言葉を使用し、判例も双務契約の存在を肯定していた。M.-J. Cambassédès は、引受人と将来の会社の事務管理人として行為する発起人ととの契約と解している (P. Le Cannu, op. cit., p. 344 注 21)。しかし、事務管理は本人の誕生を対象にできるかという問題や、業務執行者の介入により生じた権利・義務が、まだ存在していなかった本人をどのようにして適及的に決めることができるかという問題があると指摘されている (Germain, op. cit., n° 1061)。発起人は受益者である会社のために引受人と契約を締結するという、他人のための契約 (stipulation pour autrui) であってもほぼ同じ結果となるが (Germain, op. cit., n° 1424)、これでは会社を債権者や債務者にすることができないし、発起人は、会社が是認しない限り、約束を自由に処分できるので問題である旨が指摘されている (Germain, op. cit., n° 1061)。Germain は、設立中の会社の株式を引き受ける者はまだ存在しない会社と契約を締結しない。その者は創造される会社に入社する意思を表明する片務的約束 (engagement unilatéral) であり (Germain, op. cit., n° 1425)、双務契約は不正確である主張している (Germain, op. cit., n° 1427)。
- (11) 残りの払込みは、登記から五年以内に、取締役会または業務執行委員会の決議で定められた日に行われる (同 L 二三五—三条二項)。
- (12) 一種の信託である。Le Cannu, op. cit., n° 612。
- (13) J. Henard-F. Terre-P. Mabliat, Sociétés commerciales, Tome I, 1972, n° 759。
- (14) J. Henard-F. Terre-P. Mabliat, op. cit., n° 146。
- (15) J. Henard-F. Terre-P. Mabliat, op. cit., n° 147; Ripert et Roblot, Traité élémentaire de droit commerciale, septième éd., 1972, n° 1043, Claude Ducouloux-Favard, Les sociétés anonymes en droit français, allemand et italien, 1969, p. 197 参照。それ以前には、例えば CH. Lyon-Caen et L. Renault, Traité de droit commercial, 5<sup>e</sup> éd., 1926, n° 105. による。『商事会社の人格は、いくつかの国における同じく、フランスでは形式的法文により認められてはいない。しかしそれは、著作により一般的に認められ、恒常的判例により確立している。それは、少なくとも中世に遡る伝統に一致するだけでなく、我々の法典によっても前提とされている』とされている。

- (16) Vuillemet, *Droit des sociétés commerciales, nouvelle législation*, 1968, p. 300.
- (17) 同条に関する判例として一九八七年一月二〇日破棄院判決 (Cass. com., 20 janvier 1987, *RTD com.* 1987, 214, obs. Alfordari et Jeantin.) がある。その事案は以下の通りであった。夫婦が共有不動産の持分を購入した。取得は設立中の不動産民事組合の計算で行われた。公正証書は、夫婦によって引き受けられた債務の不動産民事会社による承継がなければ、不動産は決定的に会社の名で行われた二人の社員に属すると定めていた。商業・会社登記簿に組合を登記した後（ちなみにフランスでは「未登記会社」(société en participation) でない限り、民事組合でも、登記により法人となる。民法一八四二条一項）、当該債務の明白な承継の決定も行われなかった。夫婦は不動産を不動産民事組合に転売した。売買証書は、債務の承継の決定は行われていないことを示し、夫婦のみが売主であった。税務署は、夫婦は有利な税制度を享受できないと評価して、税更正を通知した。Bobigny 大審裁判所は、更正には根拠があると判示した。夫婦は上告し、組合の登記は、社員が行った債務の承継を伴うと主張した。しかし商事部は、債務の承継は、条文中定める三つの手続の一つからのみ生じうる。従ってあらゆる暗黙の承継は禁止されるとした。Alfordari et Jeantin は、承継手続は、原因を知って承継に同意する社員を保護する目的で強制されているから、暗黙の承継は十分でないと批評している。
- (18) Gernain, *op. cit.*, n°s 1059 et 1401.
- (19) Gernain, *op. cit.*, n° 1059. 一九八七年七月二二日破棄院判決 (Cass. com., 21 juillet 1987, *Rev. soc.* 1987, 590, note Le Cannu) の事案は、原告A社が、設立中の会社(K有有限会社)の計算でバレーストランの改修工事をしたが、K社は代金の一部を支払ただけで清算したことから、残額の支払いを社員、発起人かつ業務執行者であるRに求めたケースである。Argers裁判所は、Rが債務者であるとして、A社の請求を認容したので、R上告。上告理由の一つは、「設立中の会社の計算で会社の目的の範囲内でRが引き受けなければならないあらゆるその他の債務は、設立中の会社が商業登記簿に登録されると、会社により承継される」と規定していたK社の定款を誤解していることである。破棄院、上告棄却。破棄院は、「定款の署名と登記の間に引き受けられた債務を登記により会社が承継したと主張する者は、社員がその者に定款、あるいは別の特別の証書で委任を与えたことを立証しなければならない」が、本件では、K社の計算で工事を行わせる「特定の」委任がRに与えられていなかったと判示した控訴裁判所の認定を認めた。換言すれば、本件定款のような一般的委任では債務の承継に不十分であると判示した。Le Cannu は、会社は登記前であるため、債権者保護のため、承継の要件は厳格に解すべきであるとして判旨に賛成している。
- (20) 破棄院二〇〇〇年四月二六日判決 (Cass. civile, 26 avril 2000, *Rev. soc.* 2000, 722, note Godon) では、A銀行は設立中の会社(I社)に貸付を行った。しかしI社が返済をしないので、その連帯保証人であるT夫婦に支払いを求めた。破棄院

は、「会社が設立中であるときには、当該会社の名で行為した者によって引き受けられた債務の会社による承継は、一九七八年七月三日テクレ六条の適用により、同条が定める報告書が事前に定款に添付されているときには定款の署名、会社の登記前に与えられ、かつ、その性質およびその態様において承継される債務を決定する委任または登記後には社員の過半数の決議から生じうる」が、控訴院は、これらの手続の履行を確認していないとして、控訴院判決を破棄している。

- (21) Cozian-Viandier-Deboissy, op. cit., n° 193.
- (22) Cozian-Viandier-Deboissy, op. cit., n° 194.
- (23) Paillet, L'activité de la société en formation, *Rev. soc.*, 1980, 419.
- (24) Cf., Paillet, *Rev. soc.*, 1980, 425 et 426.
- (25) Paillet, *Rev. soc.*, 1980, 440.
- (26) Paillet, *Rev. soc.*, 1980, 442.
- (27) Plantamp, Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales, *RTD com.* 1994, 1.
- (28) Plantamp, *RTD com.* 1994, 7.
- (29) Plantamp, *RTD com.* 1994, 12 et 19.
- (30) Germain, op. cit., n° 1061.
- (31) 非登記組合は、第三者が参加者を知らない伝統的な秘密の非登記組合 (société en participation occulte) と参加者が知られる公開の非登記組合 (société en participation ostensible) とに区別される。Germain, op. cit., n° 1244; P. Le Cannu, op. cit., n° 1352.
- (32) 事実上設立された会社は、「一旦登記されたが、取り消された会社である「事実上の会社」とは異なるが、前者の意味で後者の用語がしばしば使用されている。Cozian=Viandier=Deboissy, op. cit., n° 1199; P. Le Cannu, op. cit., n° 1384。例えば  
Cour de cassation (Ch. com.) 7 décembre 1981, *Rev. soc.*, 1982, 858, note F. Dekeuwer-Defosse 参照。  
(33) F. Dekeuwer-Defosse, *Rev. soc.*, 1982, 862. Cf., Plantamp, *RTD com.* 1994, 8 et 10.  
(34) P. Le Cannu, op. cit., n° 337.  
(35) Cour d'Appel de Paris (3<sup>e</sup> Ch. B) 22 décembre 1983, *Rev. soc.*, 1984, 745, note Jean-Pierre Sortais.  
(36) Cour de cassation (Ch. com.) 17 mai 1989, *Rev. soc.*, 1990, 32, note Jean-Pierre Sortais.

(37) Cozian=Vandier=Deboissy, n°s 192 et 196; Moulin, *Droit des sociétés et des groupes*, 2<sup>e</sup> ed., 2007, p. 43 et 44. 設立中の会社の場合には、行為者のみが義務を負い、事実上設立された会社では、各社員が個人の名で契約し、第三者に対しその者のみが義務を負う（民法一八七—一条一項）ので、同じように見えるが、事実上設立された会社では、第三者の目であつ第三者の承認の上で参加者が社員の資格で行為するときには、会社が商事である場合には、各社員は、第三者に対し社員の資格で行われた行為から生ずる債務につき、連帯して責任を負うし（同二項）、口出しすることによつて、共同契約者に義務を負おうとしていると信じさせたかまたは債務がそのためになると証明される社員についても同様である（同三項）。従つて、設立中の会社の債権者は、事実上設立された会社であるということを証明できるときには、他の社員にも請求をすることとなる。事実上設立された会社を否定した判例として一九九六年一月二六日破棄院判例があり、肯定する判例として二〇〇一年一月四日破棄院判例がある。

(38) Germain, *op. cit.*, n° 1056—64.

(39) Bonnard, *Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation*, *Rev. soc.*, 1992, 255.

(40) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 267 et 268.

(41) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 270 et 271.

(42) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 275 et s. 設立中の会社の将来の債務に対する保証を避けるために、第一に、保証契約の解釈が裁判で争われる場合がある。第二に、設立中の会社の名で引き受けられた債務の承継が有効でないと、当該債務の保証は、附従性により有効でなくなるので、債務承継の形式の条件が争われる場合（一九八九年三月一六日カーン控訴裁判所判決はこの抗弁が認められたケース）がある。

(43) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 278 et s.

(44) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 283 et 284.

(45) Bonnard, *Rev. soc.*, 1992, 286 et 287.

本研究は、第一生命保険相互会社および株式会社損保ジャパンの研究補助を受けた。